

# DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

## **"MARRIAGE MAY BE CONTRACTED IN ACCORDANCE WITH LAW BY TWO PERSONS WITHOUT DISTINCTION AS TO THEIR SEX"**

*Posted on 28 Maggio 2015 by [Antonio Rotelli](#)*

(Trentaquattresimo emendamento che introduce l'articolo 41, comma 4, alla Costituzione irlandese)

Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è una questione che giuridicamente ruota intorno alla possibilità che ad una persona sia garantito l'esercizio di un diritto fondamentale o che ne sia privato unicamente in ragione di una condizione personale ascritta, qual è l'orientamento omosessuale. L'ordinamento di diversi paesi, la cui popolazione complessiva assomma a circa un miliardo di persone, ha già provveduto ad estendere il matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso e a tutelare le loro famiglie in modo eguale a quelle formate da un uomo e una donna.

Finora, tuttavia, il matrimonio egualitario non aveva trovato espressa protezione in nessuna costituzione, come invece prevede la Costituzione irlandese a seguito del referendum del 22 maggio 2015 al quale hanno partecipato il 60,52 degli elettori e che è stato votato favorevolmente dal 62,07 per cento dei votanti.

La novella costituzionale prevede che non si possa distinguere in base al

nesso dei due coniugi l'accesso al matrimonio, incluso tra i diritti fondamentali e garantito dall'articolo 41, rubricato "La famiglia".

Le brevi riflessioni che seguono riguarderanno questi due elementi di vera o apparente novità: la protezione costituzionale del matrimonio egualitario e il ricorso allo strumento referendario.

I paesi che hanno riconosciuto il matrimonio egualitario fino ad oggi hanno fatto ricorso alla legislazione ordinaria, fondando la legittimità costituzionale dell'intervento sulla formulazione delle disposizioni che in costituzione garantiscono il matrimonio. Tali formulazioni nella maggior parte dei casi non contengono un riferimento espresso o prescrittivo ad una differenza di sesso tra le persone che si sposano tra di loro.

La Costituzione spagnola, ad esempio, prevede che «L'uomo e la donna hanno diritto a contrarre matrimonio su basi di piena uguaglianza giuridica» (art. 32, c. 1), stabilendo che sarà il legislatore, mediante la legge, a regolare «le forme di matrimonio, l'età e capacità per contrarlo, i diritti e doveri dei coniugi, le cause di separazione e scioglimento e i loro effetti» (art. 32, c. 2).

La Corte costituzionale spagnola ha ritenuto la legge che riconosce il matrimonio anche tra persone dello stesso sesso (legge n. 13 del 2015) rispettosa dell'articolo 32 della Costituzione. Secondo la Corte, sotto il profilo della garanzia istituzionale del matrimonio «non si può sollevare alcun rimprovero di incostituzionalità alla scelta effettuata dal legislatore, all'interno del margine di apprezzamento che la Costituzione gli riconosce, perché è una opzione non esclusa dal costituente e che può essere inclusa nell'articolo 32 della Costituzione, interpretato in conformità con una nozione istituzionale di matrimonio sempre più estesa nella società spagnola e nella società internazionale, benché non sia unanimemente accettata». Invece, sotto il profilo della tutela del diritto fondamentale al matrimonio, la Corte ha ritenuto che la riforma non amplia il numero dei titolari del diritto di sposarsi, ma ne modifica le forme del suo esercizio «senza attentare al suo contenuto, né sminuire il diritto al matrimonio delle persone eterosessuali, tenuto conto che la legge oggetto di ricorso non introduce nessuna modificazione materiale nelle disposizioni legali che regolano i requisiti e gli effetti del matrimonio civile di persone di

nesso differente, e senza che la scelta adottata comporti di negare a chiunque o di restringere il diritto costituzionale a contrarre o non contrarre matrimonio» (Sentenza 6 novembre 2011).

Analoghe motivazioni sono rinvenibili nella sentenza dell'8 aprile 2010 della Corte costituzionale portoghese che ha verificato positivamente la conformità del Decreto n.9/XI all'articolo 36 della Costituzione, rubricato "Famiglia, Matrimonio, Filiazione", che ai primi due commi dispone che «Tutti hanno diritto di costituire una famiglia e di contrarre matrimonio in condizioni di piena uguaglianza. La legge regola i requisiti e gli effetti del matrimonio e del suo scioglimento, per morte o divorzio, indipendentemente dalla forma di celebrazione».

Gli articoli sul matrimonio nelle due costituzioni prese ad esempio, pur presentando significative differenze, hanno una formulazione che non ha precluso al legislatore di innestare su di essi la tutela del matrimonio egualitario.

Le rispettive corti costituzionali hanno tuttavia precisato che la discrezionalità legislativa poteva esprimersi anche in senso opposto, vietando o continuando a non consentire il matrimonio egualitario. Infatti, la formulazione degli articoli costituzionali - interpretati anche alla luce delle altre disposizioni costituzionali - non obbligherebbe a garantire il matrimonio egualitario, non riservandolo esclusivamente alle coppie a di sesso diverso.

In definitiva, secondo le corti citate, il superamento del paradigma eterosessuale del matrimonio è reso possibile grazie all'interpretazione evolutiva che trova i suoi agganci nel mutamento rapido e notevole della realtà sociale nei campi del matrimonio e della famiglia, con i riflessi giuridici e le risposte che gli ordinamenti nazionali e sovranazionali hanno apprestato.

Non è facile stabilire, sulla scorta delle motivazioni delle corti spagnola e portoghese, se vi possa essere spazio in futuro per il legislatore ordinario di escludere nuovamente le persone omosessuali dall'accesso al matrimonio e alla connessa garanzia della vita familiare. Probabilmente una scelta siffatta sarebbe preclusa dal consolidamento della nuova realtà sociale e giuridica in cui le famiglie formate da persone dello stesso sesso

sono presenti. Tuttavia, in assenza di disposizioni costituzionali che contengano una formulazione precisa del matrimonio egualitario, non è escluso che repentini mutamenti politici potrebbero più facilmente consentire la scelta di una revisione da parte del legislatore ordinario o permettere la celebrazione di un referendum abrogativo.

Questo non potrà invece accadere in Irlanda, dove il nuovo comma introdotto all'articolo 41 costituzionalizza per la prima volta un modello di matrimonio e di famiglia che non distingue le coppie in base all'orientamento sessuale delle persone che si sposano, anzi dichiara l'irrilevanza del loro sesso.

L'altro elemento di novità della riforma costituzionale consiste nell'aver introdotto la definizione di matrimonio egualitario in Costituzione attraverso un voto popolare. La novità non è costituita, quindi, dall'utilizzo dello strumento referendario in sé, essendosi fatto ricorso ad esso numerose volte per precisare e consolidare nelle costituzioni il paradigma eterosessuale del matrimonio, ma dal contenuto dell'emendamento.

Infatti, il primo referendum sul matrimonio tra persone dello stesso sesso sembra essere stato quello celebrato nello stato delle Hawaii (Constitutional Amendment 2, 1998) che ha inserito in Costituzione il potere del Parlamento di riservare il matrimonio alle coppie formate da persone di sesso diverso (approvato dal 69,2 per cento dei partecipanti al voto). La formulazione dell'emendamento differisce da quella di altri emendamenti approvati con referendum negli anni successivi in altri stati. In questi ultimi, infatti, è stata introdotta in Costituzione la definizione del matrimonio come istituto e diritto esclusivamente riservato alle coppie di sesso diverso. La peculiare formulazione utilizzata nella Costituzione delle Hawaii ha comunque permesso al Parlamento di approvare nel novembre 2013 il Marriage Equality Act, che consente il matrimonio anche tra persone dello stesso sesso, senza necessità di modificare la Costituzione.

Il primo referendum ad introdurre in costituzione la definizione del matrimonio come esclusivamente tra un uomo e una donna si è tenuto, invece, in Alaska (Ballot Measure 2, 1998). A distanza di tre lustri, il 12 ottobre 2014, un giudice federale ha ritenuto che l'emendamento costituzionale dell'Alaska, limitando il matrimonio agli uomini e alle donne

tra di loro, viola la Costituzione federale che garantisce due process e equal protection (caso Hamby c. Parnell). Secondo il giudice «Il rifiuto dell'Alaska di riconoscere i benefici e la dignità del matrimonio per le coppie dello stesso sesso ha il solo scopo di perpetuare una discriminazione senza una finalità legittima».

A seguire, negli Stati Uniti d'America sono stati celebrati non meno di 29 referendum che con successo hanno introdotto nelle costituzioni dei "same-sex marriage ban". Essi hanno novellato le costituzioni statali, inserendo la definizione di matrimonio come unione solo tra uomini e donne (Nebraska Initiative 416 (2000), Nevada Question 2 (2002), Arkansas Constitutional Amendment 3 (2004), Georgia Constitutional Amendment 1 (2004), Kentucky Constitutional Amendment 1 (2004), Louisiana Constitutional Amendment 1 (2004), Michigan Proposal 04-2 (2004), Mississippi Amendment 1 (2004), Missouri Constitutional Amendment 2 (2004), Montana Initiative 96 (2004), North Dakota Constitutional Measure 1 (2004), Ohio Issue 1 (2004), Oklahoma Question 711 (2004), Oregon Ballot Measure 36 (2004), Utah Constitutional Amendment 3 (2004), Kansas Amendment 1 (2005), Texas Proposition 2 (2005), Alabama Amendment 774 (2006), Colorado Amendment 43 (2006), Idaho Amendment 2 (2006), South Carolina Amendment 1 (2006), South Dakota Amendment C (2006), Tennessee Amendment 1 (2006), Marshall-Newman Amendment (Virginia) (2006), Wisconsin Referendum 1 (2006), Arizona Proposition 102 (2008), California Proposition 8 (2008), Florida Amendment 2 (2008), North Carolina Amendment 1 (2012)).

Il primo referendum di questo tipo ad essere stato sconfitto si è svolto in Arizona (Proposition 107 (2006)), seguito dal Minnesota (Amendment 1 (2012)). Tuttavia, nel 2008 il referendum in Arizona è stato ripetuto e questa volta ha ottenuto successo (Proposition 102 (2008)).

Diversi altri referendum hanno riguardato, invece, le leggi e non le costituzioni.

In California nel 2000 il referendum ha introdotto nella legge ordinaria la definizione di matrimonio come unione solo tra un uomo e una donna (Proposition 22 (2000)), mentre - in anni più recenti - diverso esito hanno avuto referendum che intendevano abrogare nuove leggi che consentono

il matrimoni tra persone dello stesso sesso. In Maine, la legge approvata dal Parlamento nel 2009 fu abrogata lo stesso anno da un referendum con una maggioranza del 52,9 per cento (Question 1 (2009)), ma un successivo referendum, con una maggioranza favorevole del 52,6 per cento, ha consentito nuovamente la possibilità di celebrare matrimoni same sex (Question 1 (2012)). In Maryland, invece, la legge approvata dal Parlamento nel 2012 fu sottoposta a un referendum richiesto da chi ne chiedeva l'abrogazione, ma il voto popolare si è espresso a favore del mantenimento della legge (Question 6 (2012)). Identico referendum proposto a seguito dell'approvazione del matrimonio egualitario è stato sconfitto nello stato di Washington (Referendum 74 (2012)).

Altre esperienze referendarie si sono avute in Europa.

In Slovacchia, nel 2014, il Parlamento ha emendato a larghissima maggioranza la Costituzione introducendo la definizione di matrimonio come unione unicamente tra un uomo e una donna. Subito dopo è stato richiesto un referendum - che si è svolto il 7 febbraio 2015 - da parte di chi intendeva rafforzare col voto popolare la previsione costituzionale. Tuttavia, il referendum non ha raggiunto il quorum del 50 per cento di partecipanti richiesto dalla legge. I votanti sono stati il 21,4 per cento degli aventi diritto, la quasi totalità dei quali ha votato a favore dell'emendamento inserito in costituzione. La Slovacchia, al pari dell'Irlanda, è considerato un Paese molto cattolico e, infatti, grande è stato l'impegno, anche economico, della conferenza episcopale del paese per sostenere il referendum.

Un altro referendum tenuto in Croazia il 1 dicembre 2013 ha inserito in costituzione la definizione del matrimonio come sola unione tra un uomo e una donna. Al voto, che non richiedeva quorum, hanno partecipato il 37,9 per cento degli aventi diritto al voto e il 65,87 di essi ha votato favorevolmente all'emendamento.

Dagli esempi sopra riportati si trae l'evidenza che la novità irlandese è rappresentata dal fatto che per la prima volta al mondo - per quanto risulta a chi scrive - il referendum non ha chiesto di definire, restaurare o confermare il paradigma eterosessuale del matrimonio e della famiglia,

ma al contrario ha costituzionalizzato un modello di matrimonio egualitario che non considera il sesso di chi si sposa.

Va comunque sottolineato che il referendum costituzionale irlandese si differenzia da tutti quelli precedentemente ricordati perché non è stato di tipo propositivo, ma piuttosto di tipo confermativo, in quanto costituisce un passaggio necessario del processo di revisione costituzionale previsto dall'ordinamento irlandese. Il referendum, infatti, si è svolto a seguito dell'approvazione dell'emendamento costituzionale da parte del Parlamento, come spiegato da Paolo Addis su questo sito (<http://goo.gl/OQ2Xlb>).

Considerata tale peculiarità del caso irlandese, non si affronta qui il diverso e impegnativo tema della possibilità che con referendum sia promosso e approvato un emendamento alla costituzione che impedisca o privi un gruppo sociale della garanzia di un diritto fondamentale. La maggior parte degli emendamenti costituzionali di questo tipo, introdotti negli stati degli Stati Uniti d'America facendo ricorso al voto popolare, sono stati successivamente dichiarati incostituzionali dalle corti. Come noto, in questo momento la questione del matrimonio egualitario pende dinanzi alla Corte suprema federale che dovrebbe pronunciarsi entro la fine di giugno 2015.